

ALTERNATIVA A LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN EN INSTRUMENTOS FINANCIEROS: REMISIÓN A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Alejandro Araque García

Becario de Inicio a la Investigación en Derecho civil (Universidad de Málaga)

Nuestro ordenamiento jurídico nacional (y comunitario) carece de una vía concreta para dar una solución individualizada a los inversores minoristas que han visto mermadas sus inversiones por la contratación de productos financieros cuyos riesgos inherentes desconocían, pero asumieron, al omitir la entidad financiera que los comercializaba la información legalmente exigible.

Los deberes de información existen y, podría decirse, son bastante exigentes, especialmente desde la aprobación de la normativa *MiFID* y, en general, gracias a los textos comunitarios que no buscan sino consolidar y desarrollar el mercado único y común financiero. Así, la legislación española, permanentemente actualizada gracias a las Directivas y Reglamentos europeos, ha permitido establecer un estándar de información elevado y afrontar así las principales amenazas que han ido apareciendo para los inversores. No obstante, dada esta proliferación de normas y leyes de cualquier nivel, se observa una dispersión de deberes concretos que, en ocasiones, se hace difícil concretar.

En nuestro Código este deber de información parece encuadrar, y la doctrina lo reconoce, en el principio de buena fe en sentido objetivo (art. 7.1 CC), distinguiendo la profesora Gómez Calle, un fundamento económico y otro jurídico. También en las propuestas armonizadoras de Derecho europeo de los contratos (PECL, DCFR y PU) encontramos un deber de informar, más o menos difuso, aunque siempre partiendo del principio de libertad de contratar y en la contratación.

Los principales deberes de información en este ámbito de inversión financiera son dos: el test de idoneidad y el test de conveniencia, que serán exigibles por el consumidor según si concurra una relación de asesoramiento o no, al ser una obligación grave para la entidad oferente. No obstante, su finalidad es la misma: permitir salvar el déficit de información del que parten los inversores minoristas respecto al banco que les ofrece contratar una serie de productos, normalmente bonos auto cancelables, swaps de divisas, participaciones preferentes o deuda subordinada. De esta manera, podrá contar con información clara, transparente, completa, concreta, de fácil comprensión y con suficiente antelación que posibilite conocer exactamente lo que está contratando y los riesgos concretos asociados.

Un problema identificado en esta normativa es que solo sanciona el incumplimiento de estos deberes desde el punto de vista administrativo, esto es, abriendo expedientes a las entidades comercializadoras e imponiéndoles multas millonarias, mientras los inversores minoristas quedan, aparentemente, indefensos. Sin embargo, nuestro TS ha canalizado estos casos a

través de dos vías: la anulación por error vicio del consentimiento o el resarcimiento contractual por incumplimiento de los deberes de información, soluciones en paralelo a las propuestas armonizadoras de Derecho europeo de los contratos ya mencionadas más arriba. No obstante, respecto a la primera vía, es preciso remarcar la necesidad de una reforma del Código Civil para clarificar el *dies a quo* de la acción de anulación, ya que el TS parece haber introducido un criterio que no se desprende del tenor literal del texto del Código.

No obstante, cada vez son más voces entre la doctrina las que se cuestionan por qué no se recurre a la categoría de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, que podría encuadrar estos casos de contrato válido en el tercero de sus supuestos de hecho (Basozábal Arrúe, García Rubio, Pantaleón), si bien se abren muchas cuestiones porque en nuestro ordenamiento, a diferencia del BGB, no está positivada la *c.i.c.*, como la fundamentación de la naturaleza de esta responsabilidad, la medida del interés a resarcir, etc.